

## BANKRECHT EN FINANCIËEL RECHT/DROIT BANCAIRE ET FINANCIER

De waan voorbij? *Islamic finance* tussen norm en werkelijkheidWim Decock<sup>1</sup>

1. Inleiding . . . . .	23
2. Normatieve grondslagen . . . . .	25
2.1. Bronnen en instituties van <i>Islamic finance</i> . . . . .	25
2.2. Beginselen van contractenrecht m.i.v. <i>riba</i> -verbod. . . . .	27
3. Kredietverlening tussen norm en praktijk. . . . .	28
3.1. Het risicobeginsel: verplichte deelname in winst en verlies . . . . .	28
3.2. De maatschap als norm: <i>musharaka</i> en <i>mudaraba</i> . . . . .	30
3.3. De juridische trukendoos: alternatieve vormen van kredietverlening . . . . .	32
4. Slotbemerkingen . . . . .	34

## SAMENVATTING

Tegen de achtergrond van de hype rond *Islamic finance* wil deze bijdrage de juridische architectuur achter het islamitische kredietwezen kritisch bevragen. Zijn de normatieve funderingen van het islamitisch bankieren verzoenbaar met de noden uit de praktijk van de kredietverlening aan particulieren en ondernemers? Hoe overbrugt *Islamic banking* de spanning tussen een traditioneel, op religieuze principes gestoeld rechtssysteem, enerzijds, en de realiteit van de moderne economie, anderzijds? Het eerste deel van het artikel geeft een overzicht van de bronnen en beginselen van het islamitisch bankieren, met bijzondere aandacht voor het islamitische contractenrecht. Vervolgens worden de concrete technieken belicht die de brug tussen norm en praktijk van het islamitisch bankieren moeten slaan. Tot slot worden de overlevingskansen van *Islamic finance* in de moderne Westerse samenleving geëvalueerd.

## RÉSUMÉ

Dans le contexte de la fascination de notre société pour la finance islamique, cette contribution a pour objectif de soumettre à une évaluation critique l'architecture juridique qui sous-tend la finance islamique. Peut-on réconcilier ses fondements normatifs avec les besoins réels en crédits des particuliers et des entreprises? Comment la finance islamique réussit-elle à allier une culture juridique de nature traditionnelle et religieuse, d'une part, et l'économie de marché contemporaine, d'autre part? Dans un premier temps, les sources et fondements de la finance islamique, particulièrement en matière de droit des contrats, sont examinés. On analyse ensuite les techniques juridiques qui servent à concilier norme et pratique. En guise de conclusion, les chances de survie de la finance islamique dans des sociétés modernes sont évaluées.

## 1. INLEIDING

**1. De hype rond *Islamic finance*.** – In onze toenemend pluralistische samenleving lijkt het islamitisch bankieren niet meer weg te denken. Op het eerste gezicht liegen de cijfers er niet om. Op minder dan 20 jaar tijd vertienvoudigde

de omvang van islamitische financiële activa op wereldvlak van ongeveer 150 miljard dollar in 1990 tot 1,5 triljoen dollar in 2010<sup>2</sup>. Daarmee vertegenwoordigt *Islamic finance* weliswaar slechts 1% van de totale financiële activa op

<sup>1</sup> Docent, Faculteit Rechtsgeleerdheid, KU Leuven.

<sup>2</sup> B. KAUR GREWAL, "Islamic Finance in the Global Financial System" in F. DI MAURO (ed.), *Islamic Finance in Europe*, European Central Bank Occasional Paper Series, 146 (Juni 2013), 18-31 (18), online beschikbaar via [www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecbocp146.pdf](http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecbocp146.pdf) (consultatie 21 juli 2014).

wereldvlak, maar haar groeipotentieel wordt hoog ingeschat<sup>3</sup>. De geografische centra van het islamitisch bankieren bevinden zich vandaag voornamelijk in het Midden-Oosten, Zuid-Oost Azië en Noord-Afrika, maar belangrijke financiële centra in Europa zoals Londen en Parijs doen hun uiterste best om bij te benen<sup>4</sup>. In België is de bestaande markt voor islamitische financiële producten klein, doch geteeld op een marktpotentieel van een half miljoen cliënten zijn de verwachtingen hooggespannen<sup>5</sup>. Niet toevallig wijdde het Belgisch Financieel Forum het thema van zijn jaarlijkse symposium in 2013 aan *Islamic finance*<sup>6</sup>. De Marokkaanse *Banque populaire* zou nog voor het einde van de zomer 2014 de eerste volwaardig islamitische bank in België willen oprichten<sup>7</sup>.

**2. Verklaringen.** – Meerdere factoren dragen bij tot het vermeende succes van het islamitisch bankieren. Op wereldvlak is de Islam met haar 1,5 miljard aanhangers weliswaar niet de grootste, maar wel de sterkst groeiende religie<sup>8</sup>. De impact van migratie en demografische ontwikkelingen in

West-Europese landen in het bijzonder laten er geen twijfel over bestaan dat de vraag naar *sharia*-conforme financiële producten in de Europese Unie zal toenemen<sup>9</sup>. Daarnaast ontdekten seculiere beleidsmakers in de nasleep van de financiële crisis van 2008 de heilzame werking van een op religie gebaseerd financieel systeem<sup>10</sup>. Voorvechters van “Corporate Social Responsibility” en ethisch beleggen zien in islamitische banken een bondgenoot<sup>11</sup>. Een Nederlandse denktank prees onlangs de islamitische economie aan als “sociaal kapitalisme met een vleugje groen”<sup>12</sup>. Zelfs Vaticaanse media staken de loftrumpet over *Islamic finance*<sup>13</sup>. Velen geraakten er ook van overtuigd dat islamitische banken relatief ongeschonden uit de crisis kwamen<sup>14</sup>. Hun sterke band met de reële economie en hun nadruk op de morele grenzen van de markt zouden de stabiliteit van het financiële systeem ten goede komen<sup>15</sup>. Nochtans hebben empirische analyses uitgewezen dat islamitische banken het tijdens de crisis in termen van rentabiliteit en stabiliteit niet beter en vaak zelfs slechter deden dan hun conventionele tegenhangers<sup>16</sup>.

3. P. WACKERBECK, “Islamic Finance: Entwicklungen und Marktpotenzial” in M. CASPER, N. OBERAUER en F. WITTECK, *Was vom Wucher übrigbleibt: Zinsverbote im historischen und interkulturellen Vergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, 155-165 (162). Een belangrijke kanttekening hierbij is dat deze optimistische inschatting onder meer het gevolg is van de invloed van globale opiniemakers zoals BLOOMBERG. Haar centrale data- en informatie-verstrekingsplatform BLOOMBERG ISLAMIC FINANCE PLATFORM vormt een constant referentiepunt in de literatuur, bv. in het ECB-rapport van KAUR GREWAL (vorige voetnoot); zie [www.bloomberg.com/news/2011-02-23/bloomberg-releases-comprehensive-islamic-finance-platform.html](http://www.bloomberg.com/news/2011-02-23/bloomberg-releases-comprehensive-islamic-finance-platform.html) (consultatie 26 juli 2014).
4. Getuige bv. de ambitieuze verklaring van de Britse premier David CAMERON in oktober 2013 om van London het nieuwe Dubai te maken, zie <http://uk.reuters.com/article/2013/10/29/uk-britain-finance-islamic-idUKBRE99S00I20131029> (consultatie 26 juli 2014). Vijf jaar eerder liet Christine LAGARDE, de toenmalige Franse minister van Economische Zaken, zich een gelijkaardige opmerking ontvallen met betrekking tot Parijs; zie [www.leparisien.fr/economie/les-banques-islamiques-arrivent-en-france-27-11-2008-323377.php](http://www.leparisien.fr/economie/les-banques-islamiques-arrivent-en-france-27-11-2008-323377.php) (consultatie 26 juli 2014).
5. L. VAN DEN STEEN, “Interest als zonde: het islamitisch financieel recht in vogelvlucht”, *TPR* 2011, 781-849 (840). Vgl. de studie “La finance islamique: quelles perspectives pour la Belgique”, online uitgegeven in 2011 door de ASSOCIATION BELGE DES PROFESSIONNELS MUSULMANS (ABMP) o.l.v. Imane KARICH, [www.abpm.be/wp-content/uploads/2011/11/ABPM-Etude-Finance-Islamique-Opportunit%C3%A9s-pour-la-Belgique1.pdf](http://www.abpm.be/wp-content/uploads/2011/11/ABPM-Etude-Finance-Islamique-Opportunit%C3%A9s-pour-la-Belgique1.pdf) (consultatie 29 juli 2014).
6. De slides van de presentaties die ter gelegenheid van het symposium “Islamic Banking: An Opportunity for Belgium” (Brussel, 5 december 2013) gepresenteerd werden, zijn online beschikbaar via [www.financialforum.be/sites/financialforum.be/files/media/1340.pdf](http://www.financialforum.be/sites/financialforum.be/files/media/1340.pdf).
7. Zie <http://ifecenter.com/Bayan/en/content/first-islamic-bank-belgium> (consultatie 29 juli 2014).
8. T.M. JOHNSON en B.J. GRIM, *The World's Religions in Figures: An Introduction to International Religious Demography*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2013, 10.
9. L.M. VISCONTI en E.M. NAPOLITANO, “Migrant Banking in Europe: Approaches, Meanings and Perspectives” in V. CATTELAN (ed.), *Islamic Finance in Europe: Towards a Plural Financial System*, Cheltenham, E. Elgar, 2013, 109-125.
10. L. VAN DEN STEEN, “Interest als zonde: het islamitisch financieel recht in vogelvlucht”, *TPR* 2011, 781-849 (840).
11. R.Z. JAUFEERALLY, “Islamic Banking and Responsible Investment: Is a Fusion Possible?” in W. VANDEKERCKHOVE et al. (eds.), *Responsible Investment in Times of Turmoil*, (Issues in Business Ethics, 31), Dordrecht, Springer, 2011, 151-164. Vgl. S. FAROOK en R.U. SHIKOH, “Integration of Social Responsibility in Financial Communities” in K. HASSAN en M. MAHLKNECHT (eds.), *Islamic Capital Markets: Products and Strategies*, Chichester, Wiley, 2011, 69-89.
12. Zie de beleidsvoorbereidende paper van het Kenniscentrum Religie en Ontwikkeling, *Islamitisch financieren: een duurzaam alternatief?* (30 augustus 2013), online beschikbaar via [www.religion-and-development.nl/documents/doc/13ro006%20%20verkenning%20islamitisch%20financiering%20en%20duurzaamheid%20versie%2030-8.pdf](http://www.religion-and-development.nl/documents/doc/13ro006%20%20verkenning%20islamitisch%20financiering%20en%20duurzaamheid%20versie%2030-8.pdf) (consultatie 25 juli 2014).
13. L. NAPOLEONI en C. SEGRE, “Dalla finanza islamica proposte e idee per l'Occidente in crisi”, *Osservatore Romano*, 4 maart 2009, zie <http://rasseg-nastampa.mef.gov.it/mefnazionale/PDF/2009/2009-03-04/2009030412006886.pdf> (consultatie 26 juli 2014).
14. R. WILSON, “Why Islamic Banking is Successful? Islamic Banks Are Unscathed Despite of Financial Crisis” (15 februari 2009), online raadpleegbaar op <http://www-stud.rbi.informatik.uni-frankfurt.de/~osman/islamic-banking.pdf> (consultatie 8 augustus 2014); A. WOOD, “Islamic Finance Escapes Worst of Crisis”, *Financial Times* (7 juni 2009). Deze stelling werd ook veralgemeend tot alle vormen van “faith-based finance”, zie T.A. AZAMI en S. SIDDIQI, “The Alpha and Omega of Abrahamic Finance” in K. HASSAN en M. MAHLKNECHT (eds.), *Islamic Capital Markets: Products and Strategies*, Chichester, Wiley, 2011, 125-146 (132).
15. M.U. CHAPRA, “International Financial Stability: The Role of Islamic Finance”, *Policy Perspective* 2008, afl. 4, 1-10.
16. Voor een samenvatting van deze economische analyses, zie de bijdrage van S. ONGENA en S. ZAHEER in F. DI MAURO (ed.), *Islamic Finance in Europe*, European Central Bank Occasional Paper Series, 146 (juni 2013), 41-47. Het lijkt wel zo dat het kredietrisico voor islamitische banken kleiner is, omdat religieuze en sociale controlemechanismen de terugbetaling van leningen bevorderen; zie L. BAELE, M. FAROOQ, en S. ONGENA, “Of Religion and Redemption: Evidence from Default on Islamic Loans”, *European Banking Center Discussion Paper* 2012, afl. 8, 19 februari 2014 (<http://ssrn.com/abstract=1740452>).

**3. Onderzoeksvraag.** – In het licht van deze maatschappelijke ontwikkelingen wil deze paper een aantal aspecten van de juridische theorie en praktijk van het islamitische kredietwezen kritisch evalueren. De principes van het islamitisch bankieren moeten gelovige moslims in staat stellen om hun economische activiteiten met hun geloof te verzoenen<sup>17</sup>. De hamvraag is echter in welke mate die spreidstand “tussen God en geld” geloofwaardig is. Kan deze spanning ook in de toekomst volgehouden worden? Is de toekomst van het islamitisch bankieren zo rooskleurig als de losse statements in

de media ons doen geloven? Of gaat het om een voorbijgaand modeverschijnsel? Hoewel we hier en daar zullen wijzen op economische en empirische data die ons indicaties geven over de richting waarin *Islamic finance* evolueert, staat in deze paper toch in de eerste plaats het intern-juridische perspectief centraal. We willen nagaan welke juridische architectuur achter het islamitisch bankieren schuilgaat om ons de vraag te stellen of deze normatieve funderingen voldoende resistent en veerkrachtig zijn om de spanning met de realiteit vol te houden.

## 2. NORMATIEVE GRONDSLAGEN

### 2.1. Bronnen en instituties van *Islamic finance*

**4. Religieus-juridische onderbouw.** – Islamitisch bankieren kan niet begrepen worden buiten de religieuze en juridische context waarbinnen ze gestalte aanneemt. In beginsel bieden alle drie de monotheïstische religies een holistische benadering van de totale werkelijkheid aan, zodat geen aspect van het leven aan een religieuze regulering op het snijvlak van moraal en recht ontsnapt<sup>18</sup>. Zo probeerde in de christelijke traditie het canoniek recht een uitgebreide regeling van het financieel-economische leven uit te werken en bevat de joodse traditie met de Talmud een moreel-juridisch standaardwerk dat de Godgelovige ook in zijn economische activiteiten de weg naar God moet tonen<sup>19</sup>. Hoewel de christelijke religie gedurende de laatste 5 eeuwen haar grip op het economische leven verloor<sup>20</sup>, confronteert de opbloei van het islamitisch bankieren onze geseculariseerde Westerse samenleving opnieuw met dit impact die religie kan hebben op het actieve leven<sup>21</sup>. Vandaar dat een beknopte inleiding tot een aantal basisbeginselen van het religieuze *sharia*-recht onvermijdelijk is.

**5. De weg: sharia.** – Islamitisch bankieren wordt ook wel aangeduid als *sharia*-conform bankieren. Etymologisch

gezien verwijst *sharia* naar de weg die de gelovigen moeten volgen om Gods plan voor een rechtvaardige maatschappij te realiseren<sup>22</sup>. De *sharia* is geen vastomlijnd wetboek, maar een geheel van regels die hun oorsprong vinden in hoofdzakelijk twee bronnen, met name de *Koran*, Gods openbaring doorheen de Profeet Mohammed, en de *Sunna*, de overgeleverde handelingen (*hadith*) van de Profeet Mohammed<sup>23</sup>.

**6. De rechtsgeleerde interpretatie van de weg: fiqh.** – Omdat op basis van de Koran en de Sunna alleen niet altijd kon afgeleid worden welke regels op een concrete situatie van toepassing waren, ontwikkelde zich een islamitische rechtswetenschap (*fiqh*). Gelet op de afwezigheid van een moderne staat met een wetgevende macht in de ontstaansperiode van het islamitisch recht zien we dus dat geleerden, vaak opgeleid als theologen, een belangrijke rol gingen spelen in de ontwikkeling van het islamitisch recht<sup>24</sup>. Oorspronkelijk werd een grote rol toebedeeld aan de individuele, oorspronkelijke redeneringskracht van deze geleerden (*ijtihad*), maar vanaf het midden van de 10<sup>de</sup> eeuw moest deze rationale vrijheid (*ray*) plaats maken voor een meer uniform rechtsdenken. Men was ervan overtuigd dat de “poorten van *ijtihad* gesloten waren”<sup>25</sup>. Eerbied voor de traditie (*taqlid*) en niet onafhankelijk denken was nu in de eerste plaats aan de

<sup>17</sup>. I. KARICH, *Le système financier islamique: de la religion à la banque*, Brussel, Larcier, 2002, 3; M. ASUTAY, “Islamic Moral Economy as the Foundation of Islamic Finance” in V. CATTELAN (ed.), *Islamic Finance in Europe: Towards a Plural Financial System*, Cheltenham, E. Elgar, 2013, 55-68.

<sup>18</sup>. I. WARDE, *Islamic Finance in the Global Economy*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2010<sup>2</sup>, 25-26. Vgl. L. VAN DEN STEEN, “Interest als zonde: het islamitisch financieel recht in vogelvlucht”, *TPR* 2011, 781-849 (787).

<sup>19</sup>. Voor verdere analyse, zie A. LEVINE (ed.), *The Oxford Handbook of Judaism and Economics*, Oxford, Oxford University Press, 2011 en A. THIER, “Money in the Medieval Canon Law” in W. ERNST en D. FOX (eds.), *Money in the Western Legal Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 2015 (in druk).

<sup>20</sup>. Zie de bijdragen van H.J. BECKER, “Das Zinsverbot im lateinischen Mittelalter” en van J. WIEMEYER, “Zins und Wucher in der Christlichen Sozialethik” in M. CASPER, N. OBERAUER en F. WITTECK, *Was vom Wucher übrigbleibt: Zinsverbote im historischen und interkulturellen Vergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, 15-45 en 95-109.

<sup>21</sup>. Een onderzoek naar de oorzaken van het verdwijnen van het “hemels baldakijn” in de Westerse traditie valt buiten het bestek van deze paper, doch fundamenteel zijn de rechtssociologische studies van Niklas LUHMANN (1927-1998) over de “Ausdifferenzierung” van verschillende communicatieve codes naargelang we op het terrein van de politiek, de economie, de wetenschap, de liefde, de religie, etc. vertoeven.

<sup>22</sup>. M.S. BERGER, *Klassieke Sharia en vernieuwing*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2006, 14; M. ROHE, *Islamisches Recht: Geschichte und Gegenwart*, München, C.H. Beck, 2009<sup>2</sup>, 9-11.

<sup>23</sup>. W.B. HALLAQ, *Introduction to Islamic Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 16.

<sup>24</sup>. W.B. HALLAQ, *Introduction to Islamic Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 21.

<sup>25</sup>. J.L. ESPOSITO, *Islam: The Straight Path*, Oxford, Oxford University Press, 1988, 85.

orde<sup>26</sup>. Voortaan kwam aan de *communis opinio* of consensus (*ijma*) onder de rechtsgeleerden een sterke normatieve waarde toe. De bestaande kennis kon ook nog via analogeredeneringen (*qiyas*) verder ontwikkeld worden<sup>27</sup>.

**7. Diversiteit binnen Islam: rechtsscholen.** – Zelfs al werden de poorten van *ijihad* rond 950 n.C. gesloten, er bleef ruimte voor meningsverscheidenheid onder de geleerden<sup>28</sup>. Zo zetten zich uiteindelijk vier grote rechtsscholen (*madhahib*) door binnen de soennitische strekking van de Islam<sup>29</sup>. De hanafieten vormen de meest liberale school. Men treft hen vooral in Egypte, Turkije en Indië aan. Aan de andere kant van het spectrum vinden we de aartsconservatieve hanbalieten, die vooral op het Arabische schiereiland actief zijn. Een gematigde school zijn de shafiïten uit Zuid-Afrika en Zuid-Oost Azië. In Noord-Afrikaanse landen is de malikitische school dominant, die bekend staat voor haar trouw aan de tradities van de hadith. De sjiiïtische scholen zoals de jafari's zijn van minder belang, tenzij in Iran. Al naargelang welke rechtsschool gevolgd wordt, kan de morele beoordeling van een bepaalde islamitische financieringstechniek anders uitvallen. Vandaar dat in de praktijk enig eclecticisme en “school-shopping” niet ongebruikelijk zijn bij de zoektocht naar een oplossing voor een concreet juridisch probleem<sup>30</sup>.

**8. Modernisten versus radicalen.** – Door de confrontatie met het Westen ontstond reeds in de 19<sup>de</sup> eeuw een groep van progressieve islamitische denkers die opnieuw het onafhankelijke denken (*ijihad*) wilden laten primeren boven de gebondenheid aan de traditie (*taqlid*)<sup>31</sup>. Op grond van hun bekommernis voor het algemeen welzijn en de strijd tegen de economische achterstelling van een heel aantal moslims willen ze onder meer een permissievere omgang met het traditionele *riba*-verbod. Daarbij botsten ze op hevige weerstand van de zogenaamde radicalen, waaronder Hasan al-Banna (gest. 1949), de stichter van de Moslimbroederschap. Zij keren zich af van de Westerse waarden en economie,

staan een letterlijke interpretatie van de Koran en de Sunna voor, en willen geen versoepeling van het *riba*-verbod.

**9. Ruimte voor overheidsregulering.** – Naast deze scholastieke traditie is er steeds plaats geweest voor regulering door overheidsinstanties (*siyasa*)<sup>32</sup>. Zeker omdat de Koran, de Sunna en de *fiqh* weinig bepalingen bevatten over proces-, straf- en bestuursrecht is op deze gebieden ruimte voor staatsingrijpen<sup>33</sup>. Historisch gezien speelde het Ottomaanse rijk een belangrijke rol in de ontwikkeling van regulering naast die van de geleerde traditie. De sultan kon in beroep zaken beslechten aan de hand van gewoonterecht (*urf*) en op basis van zijn discretionaire macht zelfs de geleerde traditie opzij schuiven in het algemene belang. De wetten gepromulgeerd door de sultans, die zich na de val van Constantinopel (1453) gedroegen zoals de nieuwe Oostromeinse keizers, werden zo talrijk dat ze uitgroeiden tot een apart rechtsbron (*kanun* – een Arabisch woord afgeleid van het Griekse woord voor regel) – die zelfs in kon gaan tegen de scholastieke traditie<sup>34</sup>.

**10. Instituties en corporate governance.** – Op internationaal niveau zijn er aantal belangrijke ngo's die letten op de *sharia*-conforme natuur van islamitische banken en van islamitische financiële producten aangeboden door conventionele banken. De twee bekendste zijn de “Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions” (AAOIFI) en de “Islamic Financial Services Board” (IFSB)<sup>35</sup>. Ook al beschikken ze niet over een sterke arm om hun richtlijnen af te dwingen, hun morele autoriteit is groot. In de praktijk oefenen ze hun invloed indirect uit via de “Sharia Supervisory Boards” binnen de banken die het etiket van islamitisch instelling willen dragen. Deze corporate governance-structuren houden toezicht op de *sharia*-conformiteit van islamitische banken en conventionele banken die islamitische producten aanbieden<sup>36</sup>. Daarnaast zijn de islamitische banken onderworpen aan nationale en supranationale wetgevers en toezichthouders<sup>37</sup>.

<sup>26</sup> W. MENSKEI, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge, Cambridge University Press 2006<sup>2</sup>, 339-343.

<sup>27</sup> W.B. HALLAQ, *Introduction to Islamic Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 25-26.

<sup>28</sup> Deze ruimte voor pluraliteit is een essentieel kenmerk van de islamitische rechtstraditie. Daarom spreken experts soms van “Islams” in het meervoud, bv. P. GLENN, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004<sup>2</sup>, 203.

<sup>29</sup> C. MELCHERT, *The Formation of the Sunni Schools of Law, 9th-10th Centuries*, Leiden, Brill, 1997. Zie ook L. VAN DEN STEEN, “Interest als zonde: het islamitisch financieel recht in vogelvluucht”, *TPR* 2011, 791.

<sup>30</sup> D.M. EISENBERG, “Sources and Principles of Islamic Law” in C.R. NETHERCOTT en D.M. EISENBERG (eds.), *Islamic Finance: Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 15-53 (35).

<sup>31</sup> D.M. EISENBERG, “Sources and Principles of Islamic Law” in C.R. NETHERCOTT en D.M. EISENBERG (eds.), *Islamic Finance: Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 15-53 (37-38).

<sup>32</sup> Voor een beknopt historisch overzicht van de ontwikkeling van overheden in de Moslimwereld, zie M.S. BERGER, *Klassieke Sharia en vernieuwing*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2006, 27-29.

<sup>33</sup> M.S. BERGER, *Klassieke Sharia en vernieuwing*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2006, 15-16.

<sup>34</sup> D.M. EISENBERG, “Sources and Principles of Islamic Law” in C.R. NETHERCOTT en D.M. EISENBERG (eds.), *Islamic Finance: Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 15-53 (35-36).

<sup>35</sup> A. HENDERSON, “Islamic Financial Institutions” in C.R. NETHERCOTT en D.M. EISENBERG (eds.), *Islamic Finance: Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 54-76 (57-58).

<sup>36</sup> O. SACARCELİK, “Corporate Governance and Ethics Compliance in Islamic Financial Institutions – Legal Perspectives” (10 september 2013), paper online beschikbaar via <http://ssrn.com/abstract=2357620> (consultatie 9 augustus 2014).

<sup>37</sup> Zie bv. G. GIMIGLIANO, “Islamic banking in the European Union legal framework” en J. ERCANBRACK, “Regulating Islamic Financial Institutions in the UK” in V. CATTELAN (ed.), *Islamic Finance in Europe: Towards a Plural Financial System*, Cheltenham, E. Elgar, 2013, 143-178.

## 2.2. Beginselen van contractenrecht m.i.v. *riba*-verbod

**11. Geen algemene contractenleer.** – Het islamitisch recht kent net zomin als het Romeins recht, waaraan het historisch gezien schatplichtig is<sup>38</sup>, een algemene contractenleer<sup>39</sup>. Men denkt in termen van een beperkt aantal bijzondere contracten met een gekende naam, waarbij het koopcontract (*bay*) als prototype geldt<sup>40</sup>. Twee algemene beginselen die bij de bespreking van alle contracten terugkeren, zijn de zorg om de “onmiddellijkheid” en de “wederkerigheid” van de transactie<sup>41</sup>. De uitwisseling tussen de contractpartijen moet dadelijk plaatsvinden, zodat de onzekerheid niet toeneemt. In dit opzicht zijn figuren zoals een kredietkoop, een koop van een verhoopte zaak of een koop met voorafbetaling problematisch. Daarnaast moeten beide partijen iets presteren, zodat geen partij zich verrijkt ten koste van de andere. In feite vloeien deze principes voort uit de verboden op *gharar* en *riba*, die hieronder zullen besproken worden.

**12. Geen contractvrijheid.** – De partijen zijn in beginsel niet vrij om nieuwe overeenkomsten te creëren naast de bestaande, benoemde contracten<sup>42</sup>. Er geldt dus een zekere “Typenzwang”, net zoals in de Romeinsrechtelijke traditie<sup>43</sup>. De wilsautonomie is vreemd aan het islamitisch contractenrecht<sup>44</sup>. De Zahiri’s waren ervan overtuigd dat de statische goddelijke orde geen contractvrijheid toeliet<sup>45</sup>. De Zahiri’s zijn weliswaar een zo goed als uitgestorven tak van islamitische rechtsgeleerdheid die bekend stond voor haar letterlijke

interpretatie van de *sharia*, maar hun ideeën blijven wel gedeeltelijk doorleven via de vier bestaande rechtsscholen. Het gebrek aan een principe van wilsautonomie wijst op een essentiële discrepantie tussen de islamitische en het Westerse rechtscultuur<sup>46</sup>.

**13. Wel een tolerantieprincipe (*ibaha asliyya*)?** – Anderzijds wint de opinie van de middeleeuwse rechtsgeleerde Ibn Taymiyya (1263-1328) veld, dat alles toegelaten is wat niet uitdrukkelijk door de Koran of de Sunna verboden is<sup>47</sup>. Dit beginsel staat bekend als het tolerantieprincipe (*ibaha asliyya*) en wordt in de praktijk van de islamitische adviesverlening vaak toegepast<sup>48</sup>.

**14. Riba-verbod: koran.** – Dat leningen tegen interest in het islamitisch bankieren niet geoorloofd zijn is genoegzaam bekend<sup>49</sup>. Nochtans was dit in het pre-islamitische Arabië niet het geval. Mekka bijvoorbeeld was in de vroege 7<sup>de</sup> eeuw een bloeiend financieel centrum waar het vragen van interest tot de dagdagelijkse praktijk behoorde en waar handelaars schatrijk werden door de luxehandel met Constantinopel<sup>50</sup>. In de Koran echter wordt iedereen die zich niet van *riba*-praktijken afzijdig houdt de heilige oorlog verklaard en eeuwig hellevuur in het vooruitzicht gesteld<sup>51</sup>. Daar staat tegenover dat handel geoorloofd is en wie aalmoezen (*zakat*) geeft, gered zal worden.

**15. Riba-verbod: sunna.** – De reikwijdte van het *riba*-verbod is in de Koran niet eenduidig vastgelegd. In elk geval is het Arabische begrip *riba*, dat letterlijk “toename” bete-

38. Zie B. JOKISCH, *Islamic Imperial Law: Harun Al Rashid's Codification Project*, Berlin, de Gruyter, 2007. De these van deze auteur is dat het islamitisch recht in de cruciale fase van het begin van zijn ontwikkeling op het einde van de 8<sup>de</sup> eeuw zijn inspiratie haalde bij de juridische traditie van het Oostromeinse (Byzantijnse) keizerrijk. Vooral in het contractenrecht zijn de sporen van het klassieke en postklassieke Romeins recht onmiskenbaar, zie 109-143. Ook andere auteurs wijzen op de Romeinsrechtelijke invloed op het vroege islamitisch contractenrecht, bv. A.A.H. HASSAN, *Sales and Contracts in Early Islamic Law*, Selangor (Malaysia), Other Press, 2007, passim.

39. W.B. HALLAQ, *Sharia: Theory, Practice, Transformations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 239-250. Voor de afwezigheid van een algemene contractenleer in het Romeins recht, zie L. WAELKENS, *Civium Causa: Handboek Romeins recht*, Leuven, Acco, 2014.

40. F.E. VOGEL en S.L. HAYES, *Islamic Law and Finance: Religion, Risk and Return*, Den Haag, Kluwer, 1998, 97.

41. M. ROHE, *Islamisches Recht: Geschichte und Gegenwart*, München, C.H. Beck, 2009<sup>2</sup>, 106-107 en D.M. EISENBERG, “Sources and Principles of Islamic Law” in C.R. NETHERCOTT en D.M. EISENBERG (eds.), *Islamic Finance: Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 15-53 (49).

42. F.E. VOGEL en S.L. HAYES, *Islamic Law and Finance: Religion, Risk and Return*, Den Haag, Kluwer, 1998, 97-102; M. ROHE, *Islamisches Recht: Geschichte und Gegenwart*, München, C.H. Beck, 2009<sup>2</sup>, 106-107 en D.M. EISENBERG, “Sources and Principles of Islamic Law” in C.R. NETHERCOTT en D.M. EISENBERG (eds.), *Islamic Finance: Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 15-53 (49).

43. H. DILCHER, “Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht”, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 1960, afl. 77, 270-303.

44. C.J. WICHARD, *Zwischen Markt und Moschee. Wirtschaftliche Bedürfnisse und religiöse Anforderungen im frühen islamischen Vertragsrecht*, Paderborn, Schöningh, 1995, 234-236.

45. D.M. EISENBERG, “Sources and Principles of Islamic Law” in C.R. NETHERCOTT en D.M. EISENBERG (eds.), *Islamic Finance: Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 15-53 (49-50).

46. V. CATTELAN, “Conclusions. Towards A Plural Financial System” in V. CATTELAN (ed.), *Islamic Finance in Europe: Towards a Plural Financial System*, Cheltenham, E. Elgar, 2013, 228-234 (228).

47. O. SACARCELIK, “Das islamisch-normative Risikoverteilungskonzept und seine Durchbrechung am Beispiel islamischer Zertifikate (Sukuk)” in M. CASPER, N. OBERAUER en F. WITTECK, *Was vom Wucher übrigbleibt: Zinsverbote im historischen und interkulturellen Vergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, 167-187 (168).

48. Voor een voorbeeld van een recente *fatwa* die onder verwijzing naar de autoriteit van Taymiyya een beginsel van contractvrijheid goedkeurt, zie [www.acerfi.org/articles/la-regle-premiere-en-matiere-de-contrats-dans-le-droit-musulman\\_83.html](http://www.acerfi.org/articles/la-regle-premiere-en-matiere-de-contrats-dans-le-droit-musulman_83.html) (consultatie 9 augustus 2014).

49. Voor een kritische analyse van de betekenis van het *riba*-verbod: A. SAEED, *Islamic Banking and Interest. A Prohibition of Riba and its Contemporary Interpretation*, Leiden, Brill, 1996. Voor vergelijkingen met de interestverboden in de Joodse, Aristotelische en christelijke traditie, zie L. BOUCKAERT (ed.), *Intrest en cultuur: een ethiek van het geld*, Leuven, Acco, 1994.

50. A.A.H. HASSAN, *Sales and Contracts in Early Islamic Law*, Selangor (Malaysia), Other Press, 2007, 6.

51. KORAN 2,275 en 2,279, online raadpleegbaar via <http://quran.com/2> (consultatie 8 augustus 2014).

kent, ruimer dan het technische woord “interest”. Voor een relatieve verduidelijking moeten we terecht bij een invloedrijke *hadith* uit de Sunna waar 6 goederen, met name goud, zilver, graan, gerst, dadels en zout, vermeld worden<sup>52</sup>. De categorisatie van die goederen is de basis gaan vormen van de geleerde interpretaties over de inhoud van het *riba*-verbod. Nochtans verschilt die interpretatie van rechtsschool tot rechtsschool. In de volgende paragraaf beperken we ons tot het voorbeeld van de interpretatie in de shafiitische rechtsschool<sup>53</sup>.

**16. Riba-verbod: toepassingsgebied volgens rechtsscholen.** – Volgens de shafiiten impliceert de geciteerde *hadith* dat het *riba*-verbod van toepassing is op goederen die tot de categorieën “voedingsmiddelen” of “waardemeter” behoren<sup>54</sup>. Voor die goederen gelden twee verboden. Ten eerste geldt het verbod op overschot (*fadl*), zodat goud, zilver, etc. enkel in gelijke hoeveelheden uitgewisseld mogen worden. Omgekeerd zou men kunnen zeggen dat er een soort gebod op perfecte “wederkerigheid” of equivalentie bestaat. Ten tweede bestaat er een verbod op uitstel (*nasia*), met als gevolg dat de vermelde goederen dadelijk moeten uitgewisseld worden en geen krediet mogelijk is. Dit hebben we hoger het gebod van “onmiddellijkheid” genoemd.

**17. Gharar-verbod.** – De morele economie van de Islam berust niet alleen op het *riba*-verbod, maar ook op een verbod op *gharar*, dat letterlijk “onzekerheid” en bij uitbreiding “speculatie” betekent. Ook hier is de Sunna van grotere betekenis geweest dan de Koran in de uitwerking van dit verbod. Volgens een welbepaalde *haddith* zou de Profeet een overeenkomst waarvan de uitkomst afhankelijk is van een steenworp en andere overeenkomsten die berusten op onzekerheid als ongeoorloofd bestempeld hebben<sup>55</sup>. Andere overleveringen uit de Sunna vermelden het verboden karakter van de koop van een toekomstig, nog niet-geboren jong. Opnieuw is in de *fiqh* evenwel een grote verscheidenheid aan interpretaties betreffende de reikwijdte van het *gharar*-verbod te vinden<sup>56</sup>. In elk geval zijn kanscontracten en weddenschappen (*maysir*) hoogproblematisch vanuit het oogpunt van *Islamic finance*.

**18. Nietigheidssancties.** – Wanneer de overeenkomst de algemene verboden op *gharar* en *riba* schendt, dan is ze nietig (*batil*) of vernietigbaar (*fasid*), doch niet alle rechtsscholen maken het onderscheiden tussen beide sancties<sup>57</sup>.

### 3. KREDIETVERLENING TUSSEN NORM EN PRAKTIJK

#### 3.1. Het risicobeginsel: verplichte deelname in winst en verlies

**19. Profit-loss-sharing (PLS).** – Het basisbeginsel van de islamitische kredietverlening is dat alle betrokken partijen zich aan risico moeten blootstellen en dus zowel in winst als verlies delen<sup>58</sup>. Aangezien rente verboden is, kan winst enkel verantwoord worden op basis van blootstelling aan risico.

Dit moet de financierder aanzetten tot het nemen van een weloverwogen beslissing om al dan niet krediet te verlenen. Bovendien veronderstelt PLS dat de islamitische bank zich direct voor het gefinancierde project en haar impact op de reële economie interesseert<sup>59</sup>.

**20. Toegelaten risicobeperkingsmechanismen.** – Het PLS-beginsel belet niet dat het islamitisch recht tot op zekere hoogte toelaat dat risico's op contractuele wijze beperkt

<sup>52</sup> Eigen vertaling op basis van de Duitse vertaling in R. LOHLKER, *Das islamische Recht im Wandel. Riba, Zins und Wucher in Vergangenheit und Gegenwart*, Münster, Maxwell, 1999, 42, tekst 5: “Hij (d.w.z. degene die door God gezonden werd), heeft gezegd: verkoop geen goud tegen goud, zilver tegen zilver, graan tegen graan, gerst tegen gerst, dadels tegen dadels, of zout tegen zout, tenzij het om de ruil van een gelijke hoeveelheid gaat, van zaak tegen zaak. Verkoop wel goud tegen zilver, zilver tegen goud, graan tegen gerst, gerst tegen graan, dadels tegen zout, zout tegen dadels, naar wens.”

<sup>53</sup> Voor een uitgebreide analyse van de andere rechtsscholen, zie LOHLKER, *Das islamische Recht im Wandel. Riba, Zins und Wucher in Vergangenheit und Gegenwart*, Münster, Maxwell, 1999, 115-184.

<sup>54</sup> N. OBERAUER, “Das islamische riba-Verbot” in M. CASPER, N. OBERAUER en F. WITTECK (eds.), *Was vom Wucher übrigbleibt: Zinsverbote im historischen und interkulturellen Vergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, 111-123 (114).

<sup>55</sup> D.M. EISENBERG, “Sources and Principles of Islamic Law” in C.R. NETHERCOTT en D.M. EISENBERG (eds.), *Islamic Finance: Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 46.

<sup>56</sup> Voor verdere analyse, zie ???

<sup>57</sup> D.M. EISENBERG, “Sources and Principles of Islamic Law” in C.R. NETHERCOTT en D.M. EISENBERG (eds.), *Islamic Finance: Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 15-53 (53).

<sup>58</sup> S. RUFİ KHAN, *Profit and Loss Sharing: An Islamic Experiment in Finance and Banking*, Karachi, Oxford University Press, 1988; L. VAN DEN STEEN, “Interest als zonde: het islamitisch financieel recht in vogelvlucht”, *TPR* 2011, 781-849 (799); V. NIENHAUS, “Das islamische Zinsverbot und die Entwicklung Sharia-konformer Finanztechniken” in M. CASPER, N. OBERAUER en F. WITTECK, *Was vom Wucher übrigbleibt: Zinsverbote im historischen und interkulturellen Vergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, 125-154 (130).

<sup>59</sup> A. MIRAKHOR en I. ZAIDI, “Profit-and-Loss Sharing Contracts in Islamic Finance” in K. HASSAN en M.K. LEWIS (eds.), *Handbook of Islamic Banking*, Cheltenham, E. Elgar, 2007, 49-63 (49).

worden. Zo zijn persoonlijke zekerheden in de vorm van borgstelling en garanties geoorloofd op voorwaarde dat ze om niet worden verstrekt<sup>60</sup>. Ook pandrechten zijn in het islamitisch recht gekend<sup>61</sup>.

**21. Problematiek verzekering.** – Verzekeringscontracten daarentegen zijn problematisch in het licht van de bovenvermelde verboden op speculatie (*gharar*) en weddenschappen (*maysir*). Het principe van de verzekering zou ook ingaan tegen het gebod om op God te vertrouwen (*tawakkul*), al zijn niet alle *sharia*-experten het hierover eens<sup>62</sup>. Het islamitische alternatief voor de conventionele verzekering bestaat onder de vorm van *takaful*<sup>63</sup>. Deze islamitisch variant van de verzekering voorziet niet in de volledige overdracht van het risico, maar in het delen ervan<sup>64</sup>. Meer in het algemeen moeten risico's volgens het islamitisch recht opgevangen worden door het in ere houden van het solidariteitsgebod (*ta'awun*) tussen de leden van de gemeenschap<sup>65</sup>.

**22. Problematiek kredietderivaten.** – Omwille van het verbod op *gharar* en *maysir* zijn naar islamitisch recht ook afgeleide financiële producten die kredietrisico's willen beperken verdacht<sup>66</sup>. Niettemin spelen derivaten in de praktijk van het islamitisch bankieren een grote rol, zeker wanneer ze voornamelijk tegen het marktrisico beschermen<sup>67</sup>. Zo kent het islamitisch bankieren varianten voor call- en putopties<sup>68</sup>.

**23. Economische voor- en nadelen.** – Vanuit economische hoek worden zowel voordelen als nadelen gezien in het PLS-principe. Een positief aspect van dit beginsel is dat islamitische banken in vergelijking met hun conventionele

tegenhangers geen vaste interest moeten betalen op hun passiva, d.w.z. op de deposito's die de cliënten bij hen hebben gestort. De cliënt is immers als een stille vennoot die enkel op een variabele winstuitkering kan hopen. Daardoor kunnen islamitische banken hun passiva relatief gezien risicovoller beleggen. Ze zijn immers geen vaste interest aan hun cliënten schuldig<sup>69</sup>. Het PLS-beginsel kan daarentegen minder gunstig zijn wanneer we met de omgekeerde situatie rekening houden, namelijk die waarin de bank als stille vennoot krediet verleent aan zijn cliënten. Dan kan de bank niet rekenen op een vaste interest, en hangt haar winst af van het onzekere succes van de kredietnemer. Het is niet uitgemaakt of dit nadeel zwaarder doorweegt dan het voordeel, te meer daar ook bij conventionele projectfinanciering de terugbetaling vaak minstens gedeeltelijk afhankelijk zal zijn van de opbrengst van het project. Zoals verderop duidelijk zal worden, zijn er in de praktijk ook technieken om deze risico's te beperken.

**24. Geen depositowaarborg of vaste rente.** – Een belangrijk gevolg van het PLS-beginsel is dat een depositogarantie strikt genomen niet mogelijk is in *Islamic finance*<sup>70</sup>. Wie zijn geld bij de bank deponeert, moet zijn kapitaal aan het risico van zowel winst als verlies blootstellen. Op een vaste rente kan de cliënt evenmin rekenen. In de praktijk gaan beide vereisten dermate tegen de menselijke psychologie in, dat zelfs islamitische banken dikwijls verkiezen om conventionele zicht- en spaarrekeningen aan te bieden, wat de facto neerkomt op een uitholling van het zuiver islamitisch bankieren<sup>71</sup>. Zoals verderop ter sprake komt, hebben de experts in islamitisch bankieren ook achterpoortjes ontwikkeld om deze strenge gevolgen van PLS uit de weg te gaan.

60. M. ROHE, *Islamisches Recht: Geschichte und Gegenwart*, München, C.H. Beck, 2009<sup>2</sup>, 114.

61. O. SACARCELIK, "Das islamisch-normative Risikoverteilungskonzept und seine Durchbrechung am Beispiel islamischer Zertifikate (Sukuk)" in M. CASPER, N. OBERAUER en F. WITTECK, *Was vom Wucher übrigbleibt: Zinsverbote im historischen und interkulturellen Vergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, 167-187 (177).

62. Voor een *dissenting opinion* in België, zie I. KARICH, *Finances et Islam*, Le savoir, 2004, die argumenteert dat Allah van de gelovige geen fatalisme verwacht, maar een actieve bijdrage tot het verbeteren van de "condition humaine".

63. L. VAN DEN STEEN, "Interest als zonde: het islamitisch financieel recht in vogelvlucht", *TPR* 2011, 820-822.

64. Een gedetailleerde analyse bieden P. HODINGS en C. JAFFER, "Takaful" in C.R. NETHERCOTT en D.M. EISENBERG (eds.), *Islamic Finance: Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 271-304.

65. O. SACARCELIK, "Das islamisch-normative Risikoverteilungskonzept und seine Durchbrechung am Beispiel islamischer Zertifikate (Sukuk)" in M. CASPER, N. OBERAUER en F. WITTECK, *Was vom Wucher übrigbleibt: Zinsverbote im historischen und interkulturellen Vergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, 167-187 (171).

66. O. SACARCELIK, "Das islamisch-normative Risikoverteilungskonzept und seine Durchbrechung am Beispiel islamischer Zertifikate (Sukuk)" in M. CASPER, N. OBERAUER en F. WITTECK, *Was vom Wucher übrigbleibt: Zinsverbote im historischen und interkulturellen Vergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, 167-187 (177).

67. S. MACHHAUSEN, *Sharia-konforme Investmentfonds*, Frankfurt am Main, 2012, 135.

68. D.M. EISENBERG, "Derivatives and Islamic Finance" in C.R. NETHERCOTT en D.M. EISENBERG (eds.), *Islamic Finance: Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 209-232 (224-226); P. ÜBEROI en A.R. KHADEM, "Islamic Derivatives: Past, Present, and Future" in K. HASSAN en M. MAHLKNECHT (eds.), *Islamic Capital Markets: Products and Strategies*, Chichester, Wiley, 2011, 147-170; V. CATTELAN, "A New Model for Options in Islamic Law" in K. HASSAN en M. MAHLKNECHT (eds.), *Islamic Capital Markets: Products and Strategies*, Chichester, Wiley, 2011, 201-218.

69. J. SCHUMANN, "Zur Geschichte christlicher und islamischer Zinsverbote" in J. SCHUMANN, *Auf der Suche nach Klarheit im Kosmos der Ökonomie: Beiträge zur Wirtschaftstheorie*, Berlin, Lit, 2009, 455-512 (502-503).

70. I. WARDE, *Islamic Finance in the Global Economy*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2010<sup>2</sup>, 208.

71. I. WARDE, *Islamic Finance in the Global Economy*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2010<sup>2</sup>, 208.

### 3.2. De maatschap als norm: *musharaka* en *mudaraba*

**25. Financiering door eigen kapitaal.** – Terwijl de moderne westerse kredietverlening in de regel uitgaat van financiering door vreemd kapitaal (*debt finance*) in ruil voor interest, stelt *Islamic finance* daarvoor financiering door eigen kapitaal (*equity finance*) met deelname in de winst of het verlies in de plaats<sup>72</sup>. Juridisch gezien zijn de ideale financieringsvormen in het islamitisch bankieren dan ook gebouwd rond de *musharaka* en *mudaraba*, functionele equivalenten van onze overeenkomst van maatschap. Daarbij zijn zowel de kredietverlener als de kredietnemer vennoten die iets van henzelf inbrengen in de maatschap. Zodoende stelt de kredietverlener zich bloot aan het verlies van zijn kapitaal indien het gefinancierde project slecht afloopt, maar kan hij ook op legitieme wijze delen in de winsten wanneer alles goed gaat. De *musharaka*- en *mudaraba*-technieken illustreren dus op exemplarische wijze het PLS-beginsel. Het hoeft dan ook niet te verwonderen dat ze als de “eeuwige” basistechnieken van *Islamic finance* worden beschouwd<sup>73</sup>. Anderen spreken van de meest “authentieke” islamitische financieringsvormen<sup>74</sup>.

**26. Musharaka: basisconcept.** – De eerste financieringsvorm die het PLS-beginsel incarneert is de *musharaka* ofwel maatschap. Etymologisch gezien is *musharaka* afgeleid van de Arabische wortel *sh-r-k*, wat een deelname in andermans zaken betekent<sup>75</sup>. In essentie brengen de maten van een contractueel overeengekomen *musharaka* elk iets in met het oog op een doel dat ze samen willen realiseren. Binnen de contractuele vormen van *musharaka* is de meest verspreide de zogenaamde *sharika ‘inan*. Daarbij brengt elke maat een deel van zijn eigendom in en worden die als een soort mede-eigendom gezamenlijk bestuurd door de partners. Er bestaan volgens het islamitisch recht echter ook eigendomsmaatschappen die buiten de wil van de maten ontstaan, bijvoorbeeld door een erfenis die aan twee personen toekomt. Dit doet denken aan de wortels van de Romeinsrechtelijke maatschap (*societas*), die oorspronkelijk ook nauw verbonden was met de onverdeelde nalatenschap die door de erfgenamen samen bestuurd werd (*consortium ercto non cito*)<sup>76</sup>. Het is zoals hoger vermeld niet onwaarschijnlijk dat het islami-

tisch contractenrecht sterk door het Romeins recht werd beïnvloed<sup>77</sup>.

**27. Musharaka: kenmerken.** – Elke maat doet een inbreng in natura of in geld en krijgt in beginsel een aandeel in de winst dat in verhouding staat tot zijn inbreng (*pro rata*). Via contractuele clausules zijn evenwel afwijkingen van deze proportionele winstverdeling mogelijk, zodat de maat die slechts 20% inbrengt bijvoorbeeld toch 50% van de winst kan bedingen. Zo is het naar Saoedi-Arabisch recht toegestaan om in de statuten van een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid te stipuleren dat van het *pro rata* winstverdelingsprincipe afgeweken wordt<sup>78</sup>. In geval van verlies moeten de maten dit normaal gezien ook in verhouding tot hun inbreng dragen. In beginsel geldt onbeperkte aansprakelijkheid onder de maten, maar deze wordt contractueel vaak beperkt tot het ingebrachte kapitaal<sup>79</sup>. Wat het bestuur van de *musharaka* betreft, kan deze in beginsel door alle maten worden uitgeoefend. De stemrechten staan dan in verhouding tot de inbreng.

**28. Musharaka mutanaqisa: projectfinanciering.** – De specifieke vorm van *musharaka* die in de praktijk voor financieringsdoeleinden gebruikt wordt, is de zogenaamde *musharaka mutanaqisa* of “afnemende maatschap”. Daarin komen een financierder en zijn cliënt (ook wel sponsor genoemd) overeen om een bepaald project gezamenlijk op poten te zetten, aangezien de cliënt niet meteen in staat is om de kost van het project alleen te dragen. Ze verdelen de waarde van dat project in eenheden, waarbij elke eenheid een aandeel in gezamenlijke inbreng voorstelt. Het financieringsmodel bestaat erin dat de bank het grootste deel van de inbreng doet en dus ook het merendeel van de eenheden bezit, maar dat de cliënt periodiek eenheden afkoopt<sup>80</sup>. Op die manier neemt het aandeel van de bank in het project af en kan de cliënt op termijn de grootste maat worden. Indien de cliënt niet dadelijk in staat is om de eenheden af te kopen, kan hij ze ook huren. In dat geval spreekt men van een *ijara mutanaqisa*.

**29. Musharaka mutanaqisa: risico bankier.** – Een van de belangrijkste praktische verschillen tussen een reguliere lening en een kredietverlening op basis van een afnemende maatschap is dat de bankier niet zeker is dat hij het

<sup>72</sup> J. SCHUMANN, “Zur Geschichte christlicher und islamischer Zinsverbote” in J. SCHUMANN, *Auf der Suche nach Klarheit im Kosmos der Ökonomie: Beiträge zur Wirtschaftstheorie*, Berlin, Lit, 2009, 456.

<sup>73</sup> M.A. MANNAN, *Islamic Economics: Theories and Practice*, Kent, Hodder Stoughton, 1986, 164.

<sup>74</sup> I. WARDE, *Islamic Finance in the Global Economy*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2010<sup>2</sup>, 146.

<sup>75</sup> J. JOHANSEN en A. HANIF, “Musharaka and Mudaraba” in C.R. NETHERCOTT en D.M. EISENBERG (eds.), *Islamic Finance: Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 174-191 (175).

<sup>76</sup> GAIUS, *Institutiones*, 3,154.

<sup>77</sup> B. JOKISCH, *Islamic Imperial Law: Harun Al Rashid's Codification Project*, Berlin, de Gruyter, 2007.

<sup>78</sup> J. JOHANSEN en A. HANIF, “Musharaka and Mudaraba” in C.R. NETHERCOTT en D.M. EISENBERG (eds.), *Islamic Finance: Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 177.

<sup>79</sup> L. VAN DEN STEEN, “Interest als zonde: het islamitisch financieel recht in vogelvlucht”, *TPR* 2011, 801.

<sup>80</sup> Voor een gedetailleerde behandeling, zie J. JOHANSEN en A. HANIF, “Musharaka and Mudaraba” in C.R. NETHERCOTT en D.M. EISENBERG (eds.), *Islamic Finance: Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 179-183.



“geleende” geld integraal zal kunnen recupereren. De basis voor de bepaling van de prijs die de cliënt voor de eenheden moet betalen is namelijk niet de prijs die de bank daar oorspronkelijk voor betaalde (de zogenaamde “debt recovery basis”), maar wel de marktprijs op het moment van de terugkoop (de zogenaamde “value basis”). De financierder beschikt dus niet over een kapitaalgarantie. Zolang de onderneming goed gaat, profiteert de bankier dus mee, maar van zodra het project aan waarde verliest, deelt de kredietverlener in de klappen. Dit is een kernelement om de eigenheid van het islamitisch bankieren te bewaren, zodat het niet verwondert dat de *Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institutions* (AAOIFI) in 2008 in weerwil van andere praktijken uitdrukkelijk bepaalde dat enkel de marktwaarde van de eenheden als basis van de terugbetalingen mag gehanteerd worden<sup>81</sup>. Uiteraard kan de bankier de cliënt die het project effectief leidt als bestuurder aansprakelijk stellen voor wanbeheer dat tot devaluatie van het project geleid heeft. *Sharia-boards* waken er echter over dat de bedingen tot schadeloosstelling de bankier niet overmatig begunstigen<sup>82</sup>.

**30. Mudaraba: basisconcept.** – De tweede financieringsvorm die als de supreme uitdrukking van het PLS-beginsel geldt, is de *mudaraba*. De etymologische wortels van dat woord verwijzen naar een werkwoord met de betekenis van “reizen met het oog op het verwerven van rijkdom of bestaansmiddelen”<sup>83</sup>. Ze is een soort stille maatschap die als dusdanig in essentie bestaat uit een joint venture tussen een stille vennoot of kapitaalverstrekker (*rabb al-mal*), enerzijds, en een werkende vennoot of bestuurder (*mudarib*), anderzijds. Volgens de islamitische traditie is een prototype van deze stille maatschap de relatie tussen de Profeet en zijn vrouw Khadjia: laatstgenoemde verstrekke haar echtgenoot de financiële middelen waarmee hij handelsexpedities op het noordelijke Arabische schiereiland kon op touw zetten<sup>84</sup>.

**31. Mudaraba: kenmerken.** – Bij een *mudaraba* doen beide maten een inbreng met het oogmerk een gemeenschappelijk project uit te bouwen, net zoals bij de *musharaka*. Het verschil met deze laatste maatschap is dat de *mudaraba* een strikt onderscheid hanteert tussen werkende en financierende maten. Een maat is verantwoordelijk voor de inbreng van kapitaal en een andere maat staat in voor werk en bestuur. De financiële verliezen moeten enkel geleden worden door de *rabb al-mal*, omdat de *mudarib* in geval van

tegenslag reeds zijn werk voor niets gepresteerd heeft. Het management daarentegen wordt volledig door de *mudarib* gedragen. De winsten worden verdeeld volgens de basisovereenkomst.

**32. Mudaraba en beleggingsrekeningen.** – De *mudaraba*-techniek leent zich tot flexibele toepassingen, bijvoorbeeld voor beleggingen. Zo gebeurt het vaak dat de bank als *mudarib* het geld belegt dat op de rekeningen van individuele cliënten staat. Die cliënten kennen elkaar onderling niet en vervullen de rol van *rabb al-mal*. Periodiek krijgen zij een premie uitbetaald op hun rekening die voortvloeit uit de belegging door de bank.

**33. Mudaraba: theoretisch risico belegger.** – Het verschil met een moderne Westerse bankrekening is evenwel dat de cliënt althans in theorie zijn inleg kan verliezen wanneer het gefinancierde project fout afloopt. Hij financiert de belegging met zijn eigen vermogen en moet verplicht aan het risico van zowel winst als verlies blootgesteld worden. Zoals uit het vervolg zal blijken, wordt dit risico in de praktijk evenwel omzeild.

**34. Mudaraba-sukuk: belegging in de praktijk.** – In de praktijk zal men voor beleggingsmotieven een “special purpose vehicle” (SPV) of een doelgebonden vennootschap oprichten die als *rabb al-mal* functioneert en die zichzelf financiert door de uitgifte van certificaten of obligaties (*sukuk*)<sup>85</sup>. De SPV investeert de opgehaalde financiële middelen vervolgens in het voorgestelde project van de *mudarib*. Op het einde krijgt wie zich ingeschreven heeft op de certificaten van de SPV een vooraf overeengekomen deel uit de winst die aan de SPV toekomt. Dit overeengekomen deel mag in principe geen percentage van de inleg zijn, omdat dit zou neerkomen op een vaste winstuitkering, terwijl de winst afhankelijk moet zijn van de effectief gerealiseerde winst.

**35. Mudaraba-sukuk: praktische omzeiling risico.** – In de praktijk moeten islamitische certificaten de concurrentie aangaan met conventionele beleggingsinstrument waarin het risico voor de kapitaalverstrekker beperkter is. Daarom worden in de *mudaraba-sukuk*-constructie verscheidene bedingen ingelast die ertoe leiden dat de belegging meer en meer op een conventionele lening tegen interest gaat gelijken. In concreto wordt het risico bijvoorbeeld overgedragen aan een herfinancieringsvennootschap (“funding enterprise”), die als

<sup>81</sup>. J. JOHANSEN en A. HANIF, “Musharaka and Mudaraba” in C.R. NETHERCOTT en D.M. EISENBERG (eds.), *Islamic Finance: Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 183, n. 18.

<sup>82</sup>. J. JOHANSEN en A. HANIF, “Musharaka and Mudaraba” in C.R. NETHERCOTT en D.M. EISENBERG (eds.), *Islamic Finance: Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 182.

<sup>83</sup>. J. JOHANSEN en A. HANIF, “Musharaka and Mudaraba” in C.R. NETHERCOTT en D.M. EISENBERG (eds.), *Islamic Finance: Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 184.

<sup>84</sup>. J. JOHANSEN en A. HANIF, “Musharaka and Mudaraba” in C.R. NETHERCOTT en D.M. EISENBERG (eds.), *Islamic Finance: Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 184.

<sup>85</sup>. O. SACARCELIC, “Das islamisch-normative Risikoverteilungskonzept und seine Durchbrechung am Beispiel islamischer Zertifikate (Sukuk)” in M. CASPER, N. OBERAUER en F. WITTECK, *Was vom Wucher übrigbleibt: Zinsverbote im historischen und interkulturellen Vergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, 167-187 (184).

een soort garant gaat fungeren<sup>86</sup>. Zij verbindt zich er namelijk tegenover het SPV toe om de *mudaraba*-aandelen aan nominale waarde terug te kopen. Deze herfinancieringsvennootschap belooft ook regelmatige winstuitkeringen aan het SPV. Daardoor is de *sukuk*-crediteur dus haast volledig van het verliesrisico bevrijd, al blijft hij aan het risico blootgesteld dat de herfinancieringsvennootschap haar verbintenissen niet kan nakomen.

**36. Kritiek op praktische uitschakeling risico.** – In 2008 heeft de *Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institutions* (AAOIFI) haar ongenoegen laten blijken over de kapitaalgarantie die de facto in de *mudaraba-sukuk*-constructies aangeboden werd<sup>87</sup>. Het PLS-beginsel sluit uit dat een kapitaalverstrekker zeker is van winst en kapitaal. Dit voorbeeld illustreert dan ook goed de haast onoverbrugbare spanning tussen de eisen van de markt in de praktijk en de ideale normen van het islamitisch bankieren in de theorie.

### 3.3. De juridische trukendoos: alternatieve vormen van kredietverlening

**37. Praktische relevantie.** – In tegenstelling tot wat de retorische nadruk op het PLS-beginsel en de pedagogische interesse voor *musharaka* en *mudaraba* doen vermoeden, blijkt uit empirische studies dat meer dan 80% van de kredietverlening door islamitische banken niet op deze hoog aangeprezen technieken berust<sup>88</sup>. Ook uit deze cijfers blijkt dus dat het principe van deelname in zowel winst als verlies meer ideaal dan werkelijkheid is<sup>89</sup>. In wat volgt lichten we achtereenvolgens een aantal kredietfaciliteiten toe die gebouwd zijn rond het koop- of huurcontract: huur (*ijara*), verkoop op afbetaling (*murabaha*), en koop met volledige of gedeeltelijke voorafbetaling (*salam / istisna*) en koop- en terugverkoop (*mohatra / bay al-ina / tawarruq*).

**38. Ijara: tussen verhuur en verkoop.** – Wanneer een islamitische bank aan een particulier krediet verleent voor de aankoop van een huis, een wagen of huishoudelijke toestellen, dan gebeurt dit niet via de bovenvermelde PLS-methode, maar wel via een soort huur- of leasingovereenkomst (*ijara*). De bank koopt op vraag van de cliënt het goed in kwestie aan en verhuurt het aan hem in ruile voor een periodieke vergoeding<sup>90</sup>. Deze compensatie, wat ook de etymologische betekenis van het woord “*ijara*” is, wordt berekend op basis van het geïnvesteerde bedrag en voorziet ook in een winstmarge (*mark-up*). Strict genomen is *ijara* vanuit het standpunt van het klassiek islamitisch recht echter geen huur, maar een verkoop van vruchtgebruik (*manfaa*)<sup>91</sup>. Tijdens het verloop van het *ijara*-contract blijft de bank eigenaar van het gefinancierde goed en draagt zij het marktrisico. Op de secundaire markten worden dergelijke contracten echter verhandeld, zodat een zekere vorm van effectivering mogelijk is<sup>92</sup>.

**39. Ijara wa-iqtina: op het randje van het geoorloofde.** – In een zogenaamde *ijara wa-iqtina* beschikt de cliënt op het einde van de looptijd van de *ijara* over de mogelijkheid om mits betaling van een som eigenaar van het geprefinancierde goed te worden, maar dit mag in feite niet vooraf bedongen worden<sup>93</sup>. In de praktijk gaat de bank een eenzijdige belofte aan dat ze het goed op het einde van de leaseperiode verkoopt aan de cliënt<sup>94</sup>. Deze eenzijdige belofte is slechts moreel verbindend.

**40. Murabaha: fiduciaire kredietverkoop.** – De wellicht populairste vorm van alternatieve financiering is de kredietverkoop of verkoop op afbetaling (*murabaha*), zeker in het domein van de handelsfinanciering. In de plaats van een goed zelf te kopen, vraagt de cliënt aan zijn bank om het goed aan te schaffen, dadelijk de eigendomstitel over te dragen, doch slechts op termijn terugbetaling te verlangen. Oorspronkelijk moest deze constructie ervoor zorgen dat onervaren kopers niet bedrogen werden op de markt doordat een handelaar met kennis van zaken in hun plaats het goed kon kopen<sup>95</sup>. Het fiduciaire karakter van deze constructie blijft

<sup>86</sup>. O. SACARCELIC, “Das islamisch-normative Risikoverteilungskonzept und seine Durchbrechung am Beispiel islamischer Zertifikate (Sukuk)” in M. CASPER, N. OBERAUER en F. WITTECK, *Was vom Wucher übrigbleibt: Zinsverbote im historischen und interkulturellen Vergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, 184-186.

<sup>87</sup>. M. CASPER, “Normgeltung und Normumgehung: Vom Zinsverbot zum Islamic Finance” in N. JANSEN en P. OESTMANN, *Gewohnheit – Gebot – Gesetz. Normativität in Geschichte und Gegenwart: Eine Einführung*, Tübingen, Mohr, 2011, 301-328 (324); O. SACARCELIC, “Das islamisch-normative Risikoverteilungskonzept und seine Durchbrechung am Beispiel islamischer Zertifikate (Sukuk)” in M. CASPER, N. OBERAUER en F. WITTECK, *Was vom Wucher übrigbleibt: Zinsverbote im historischen und interkulturellen Vergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, 186-187.

<sup>88</sup>. R. KAMLA, “Critical Insights into Contemporary Islamic Accounting”, *Critical Perspectives on Accounting* 2009, afl. 20, 925, ook geciteerd in G. O'BRIEN, *Islamic Alternatives to Financialization*, elektronische publicatie ter beschikking gesteld via <https://sfu.academia.edu/GregoryOBrien> (consultatie 31 juli 2014).

<sup>89</sup>. I. WARDE, *Islamic Finance in the Global Economy*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2010<sup>2</sup>, 8.

<sup>90</sup>. Voor een voorbeeld uit de praktijk, zie [www.ijaracanada.com/sharia-compliance-how-it-works/](http://www.ijaracanada.com/sharia-compliance-how-it-works/) (consultatie 8 augustus 2014).

<sup>91</sup>. I. WARDE, *Islamic Finance in the Global Economy*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2010<sup>2</sup>, 144.

<sup>92</sup>. I. WARDE, *Islamic Finance in the Global Economy*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2010<sup>2</sup>, 145.

<sup>93</sup>. F. AL-OMAR en M. ABDEL-HAQ, *Islamic Banking: Theory, Practice and Challenges*, London, Zen Books, 1996, 66.

<sup>94</sup>. L. VAN DEN STEEN, “Interest als zonde: het islamitisch financieel recht in vogelvlucht”, *TPR* 2011, 818.

<sup>95</sup>. C.R. NETHERCOTT, “Murabaha and Tawarruq” in C.R. NETHERCOTT en D.M. EISENBERG (eds.), *Islamic Finance: Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 192-208 (192-193).

ook de huidige *murabaha* kenmerken. Zo moet de bank als intermediaire verkoper de koper nauwkeurig informeren over de prijs die hij zelf betaald heeft en een transparente vergoeding (*mark-up*) voor zijn inspanningen en kosten berekenen. De facto zou men in deze “mark-up” een soort rente kunnen zien, zodat de *murabaha* niet helemaal oncontroversieel is<sup>96</sup>.

**41. Istisna: projectfinanciering.** – Voor prefinanciering van grote immobiëlen of energieprojecten wordt gebruik gemaakt van de techniek van *istisna*, een woord dat etymologisch verwant is aan het Arabische werkwoord voor “vervaardigen”<sup>97</sup>. Daardoor kan een goed (*masni*) dat nog niet bestaat toch reeds verkocht worden aan de koper (*mustasni*) door haar fabrikant (*sadi*). De koper betaalt de prijs ofwel integraal op voorhand, of betaalt periodieke voorschotten uit. In elk geval is de prijs niet gebaseerd op een kostenraming<sup>98</sup>. Bijgevolg moet de fabrikant geen geld teruggeven indien de kosten veel lager uitvallen dan verwacht, en moet de koper omgekeerd niet bijbetalen wanneer de kostprijs hoger blijkt.

**42. Istisna versus salam.** – Een andere techniek van prefinanciering is bekend onder de naam *salam*. Terwijl *istisna* veelal de ontwikkeling van niet-vervangbare zaken (bv. een windpark) betreft, is *salam* in de stricte betekenis van het woord de benaming voor voorafbetaling van een vervangbare zaak<sup>99</sup>. Bij *salam* moet de koper de prijs ook integraal vooraf betalen, aangezien het in feite louter om een verkoop met contante betaling en uitgestelde levering gaat<sup>100</sup>. Bij een *salam* mag de prijs lager liggen dan bij een koop met directe levering.

**43. Istisna: op het randje van het geoorloofde.** – Slechts de hanafieten beschouwen dit contract als geoorloofd. De andere rechtsscholen struikelen over de idee dat een nog niet reëel bestaand goed het voorwerp van een overeenkomst kan zijn. Volgens sommigen schept een *istisna*-overeenkomst

slechts een morele verbintenis in hoofde van de fabrikant zolang de productontwikkeling niet daadwerkelijk gestart is<sup>101</sup>.

**44. Bay al-ina / tawarruq: de dubbele koop.** – Een techniek die helemaal op het randje van het geoorloofde zit, is de dubbele koop (*bay al-ina / tawarruq*). Zij was in de christelijke middeleeuwen in onze contreien bekend als de *mohatra*-overeenkomst, wellicht onder invloed van het contact met islamitische kooplui, die de techniek alternatief “waagstuk” (*almohatra*) noemden<sup>102</sup>. Bij de dubbelverkoop worden dadelijk na elkaar twee koopovereenkomsten over hetzelfde goed maar tegen een verschillende prijs afgesloten. In de praktijk is dit goed vaak aluminium verhandeld op de London Metal Exchange<sup>103</sup>. De eerste overeenkomst is een koop op afbetaling tegen een hoge prijs, bijvoorbeeld 110. De koper is in feite de kredietnemer, de verkoper de kredietverstrekker. In de tweede overeenkomst verkoopt de koper dadelijk het goed en strijkt daarvoor een lagere prijs op, bijvoorbeeld 100. De regel is dat er drie verschillende partijen bij de dubbele koop betrokken zijn. Hoewel dit zeer omstreden is, komt het in de praktijk voor dat de koper uit de tweede overeenkomst de verkoper uit de eerste overeenkomst of diens agent is, die dan de facto een lening verstrekt aan een rente van 10%<sup>104</sup>.

**45. Hiyal: juridische trucs.** – Het voorbeeld van de dubbele koop maakt duidelijk dat de schijn van legaliteit in het islamitisch bankieren vaak primeert op de geest van de wet. Binnen het islamitisch recht zijn de meningen over zin en onzin van bepaalde juridische trucs (*hiyal*) verdeeld, al is er wel consensus over de noodzaak van een zekere mate aan “listigheid” om aan de strengheid van het recht te ontkomen<sup>105</sup>. Sommige auteurs wijzen op parallellen met het gebruik van juridische ficties (*fictiones iuris*) in het Romeins recht en de Joodse traditie om de stricte categorieën van het recht aan te passen aan de noden van de omstandigheden<sup>106</sup>. In feite is de etymologische basisbetekenis van het Arabi-

<sup>96</sup> F.E. VOGEL en S.L. HAYES, *Islamic Law and Finance: Religion, Risk and Return*, Den Haag, Kluwer, 1998, 9.

<sup>97</sup> C.R. NETHERCOTT, “Istisna and Ijara” in C.R. NETHERCOTT en D.M. EISENBERG (eds.), *Islamic Finance: Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 233-253 (234).

<sup>98</sup> C.R. NETHERCOTT, “Istisna and Ijara” in C.R. NETHERCOTT en D.M. EISENBERG (eds.), *Islamic Finance: Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 233-253 (237).

<sup>99</sup> C.R. NETHERCOTT, “Istisna and Ijara” in C.R. NETHERCOTT en D.M. EISENBERG (eds.), *Islamic Finance: Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 233-253 (235).

<sup>100</sup> L. VAN DEN STEEN, “Interest als zonde: het islamitisch financieel recht in vogelvlucht”, *TPR* 2011, 812-814.

<sup>101</sup> C.R. NETHERCOTT, “Istisna and Ijara” in C.R. NETHERCOTT en D.M. EISENBERG (eds.), *Islamic Finance: Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 233-253 (236).

<sup>102</sup> C.J. WICHARD, *Zwischen Markt und Moschee. Wirtschaftliche Bedürfnisse und religiöse Anforderungen im frühen islamischen Vertragsrecht*, Paderborn, Schöningh, 1995, 205.

<sup>103</sup> C.R. NETHERCOTT, “Murabaha and Tawarruq” in C.R. NETHERCOTT en D.M. EISENBERG (eds.), *Islamic Finance: Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 192-208 (201).

<sup>104</sup> V. NIENHAUS, “Das islamische Zinsverbot und die Entwicklung Sharia-konformer Finanztechniken” in M. CASPER, N. OBERAUER en F. WITTECK, *Was vom Wucher übrigbleibt: Zinsverbote im historischen und interkulturellen Vergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, 141.

<sup>105</sup> C.J. WICHARD, *Zwischen Markt und Moschee. Wirtschaftliche Bedürfnisse und religiöse Anforderungen im frühen islamischen Vertragsrecht*, Paderborn, Schöningh, 1995, 81-88.

<sup>106</sup> D.M. EISENBERG, “Sources and Principles of Islamic Law” in C.R. NETHERCOTT en D.M. EISENBERG (eds.), *Islamic Finance: Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 15-53 (48) en L. MOSCOVITZ, “Legal Fictions in Rabbinic Law and Roman Law: Some Comparative Observations” in C. HEZSER (ed.), *Rabbinic Law In Its Roman and Near Eastern Context*, Tübingen, Mohr, 2003, 105-132.

sche woord voor “list” (*hila*) niets anders dan “verandering”<sup>107</sup>. Er bestaat dan ook een eeuwenlange rechtsgeleerde traditie over het probleem van de geoorloofde list. Rond het jaar 1000 schreef de islamitische jurist Abu Hatî al-Qazwîni bijvoorbeeld al een traktaat over dit onderwerp<sup>108</sup>.

**46. Casuïstiek en rechtsscholen.** – Vaak zal de eindbeoordeling van een concrete juridische truc afhankelijk zijn van casuïstische factoren zoals plaats en tijd van de deal, maar in het algemeen is de concrete rechtsschool waartoe

men behoort van doorslaggevende betekenis. Zo zien de hanafieten en sjafieten geen kwaad in de *bay al-ina*<sup>109</sup>. De malikieten en hanbalieten daarentegen verwerpen juridische trucs zoals de dubbele koop op grond van het principe dat datgene wat tot het verbodene leidt ook zelf verboden is (*sadd al-dhara’i*)<sup>110</sup>. Daarom verbood in 2009 de “Fiqh Academy” binnen de “Organisation of Islamic Conference” de praktijk van de dubbele koop, ondanks eerdere toelating door de AAOIFI<sup>111</sup>.

#### 4. SLOTBEMERKINGEN

**47. Een fata morgana?** – Uit het bovenstaande blijkt dat de droom van een morele economie in de praktijk van het islamitisch bankieren toenemend onder druk komt te staan van de moderne Westerse marktlogica. Ondanks de retoriek van het interestverbod en het verbod op risicoloze winsten slagen handige juristen erin om functionele equivalenten voor conventionele krediet- en beleggingsinstrumenten te ontwikkelen. Tegelijk stelt men – zelfs in de wandelgangen van befaamde instituten zoals het “Harvard Islamic Finance Project”<sup>112</sup> – een groeiend onbehagen vast over de materialistische richting waarin het islamitisch bankieren evolueert<sup>113</sup>. Anderen betreuen het proces van “conventionalisering” waaraan het islamitisch bankieren onderhevig is<sup>114</sup>. De religieus geïnspireerde juridische principes die aan de basis van een morele economie zouden moeten liggen, komen blijkbaar hoe langer hoe meer onder druk te staan. Sommige experts kunnen hun cynisme over de enorme discrepantie tussen droom en werkelijkheid nog moeilijk verbergen en pleiten dringend voor een aanpassing van de bestaande praktijken aan de morele aspiraties van het (Moslim-)publiek<sup>115</sup>.

**48. Van globale hype tot regionaal fenomeen?** – Boven dien relativeert empirisch onderzoek de hype rond *Islamic finance*. Blijkbaar is “faith-based finance” niet de gedroomde panacee die de financiële markten in de toekomst voor crisissen kan behoeden<sup>116</sup>. Zelfs experts die pleiten voor een grondige invraagstelling van het conventionele bankieren en daarbij een inspirerende rol aan religieuze vormen van kredietverlening toekennen, geven dit nu toe<sup>117</sup>. Overigens gingen vorig jaar al stemmen op dat aan de expansie van het islamitisch bankieren in Westerse landen mogelijks een einde komt<sup>118</sup>. De geografische zwaartepunten van het islamitisch bankieren liggen momenteel in Iran, dat 42,7% van de totale markt voor zijn rekening neemt, en in de Golfstaten Saoedi-Arabië, Verenigde Arabische Emiraten, Qatar, Bahrein en Koeweit, die samen goed zijn voor een marktaandeel van 33,1%<sup>119</sup>. Enkel in landen zoals Pakistan, Indonesië, Iran, Pakistan, Saoedi-Arabië en Sudan domineert *Islamic finance* het reguliere bankierswezen. Dit zou wel eens zo kunnen blijven. In Europese landen, zoals Frankrijk, Luxemburg en het Verenigd Koninkrijk vormt

<sup>107</sup> U. REBSTOCK, “Die Rolle der Kniffe (*hiyal*) in der islamischen Rechtsentwicklung” in H. VON SENGER (ed.), *Die List*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1999, 241-262 (244).

<sup>108</sup> U. REBSTOCK, “Die Rolle der Kniffe (*hiyal*) in der islamischen Rechtsentwicklung” in H. VON SENGER (ed.), *Die List*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1999, 241-262 (245).

<sup>109</sup> F.J.A. VAN DER VELDEN, “Hiyal: de trucendoos van de juristen” in *RIMO* 2009, afl. 23, 163-172 (168), online raadpleegbaar via [www.verenigingrimo.nl/wp/wp-content/uploads/Recht-van-de-Islam-23\\_10-Van-der-Velden.pdf](http://www.verenigingrimo.nl/wp/wp-content/uploads/Recht-van-de-Islam-23_10-Van-der-Velden.pdf) (consultatie 7 augustus 2014) en M. CASPER, “Normgeltung und Normumgehung: Vom Zinsverbot zum Islamic Finance” in N. JANSEN en P. OESTMANN, *Gewohnheit – Gebot – Gesetz. Normativität in Geschichte und Gegenwart: Eine Einführung*, Tübingen, Mohr, 2011, 301-328 (320).

<sup>110</sup> M. ROHE, *Islamisches Recht: Geschichte und Gegenwart*, München, C.H. Beck, 2009<sup>2</sup>, 117.

<sup>111</sup> D.M. EISENBERG, “Sources and Principles of Islamic Law” in C.R. NETHERCOTT en D.M. EISENBERG (eds.), *Islamic Finance: Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 15-53 (49).

<sup>112</sup> Zie <http://ifp.law.harvard.edu/login/home>.

<sup>113</sup> M.U. CHAPRA, “Challenges Facing the Islamic Financial Industry” in K. HASSAN en M.K. LEWIS (eds.), *Handbook of Islamic Banking*, Cheltenham, E. Elgar, 2007, 325-357 (325).

<sup>114</sup> M. ÇİZAKÇA, *Islamic Capitalism and Finance: Origins, Evolution, and the Future*, Cheltenham, E. Elgar, 2011, xi.

<sup>115</sup> V. NIENHAUS, “Das islamische Zinsverbot und die Entwicklung Sharia-konformer Finanztechniken” in M. CASPER, N. OBERAUER en F. WITTECK, *Was vom Wucher übrigbleibt: Zinsverbote im historischen und interkulturellen Vergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, 125-154 (153).

<sup>116</sup> We verwijzen naar de inleiding en de studie van de ECB (*supra* vn. 2).

<sup>117</sup> I. WARDE, “Status of the Global Islamic Finance Industry” in C.R. NETHERCOTT en D.M. EISENBERG (eds.), *Islamic Finance: Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 1-14 (13).

<sup>118</sup> M. HANCOCK, “Islamic Finance in 2013: Beyond the Growth?”, *The Banker* (1 maart 2013), zie [www.thebanker.com/Markets/Islamic-Finance/Islamic-finance-in-2013-beyond-the-growth?ct=true](http://www.thebanker.com/Markets/Islamic-Finance/Islamic-finance-in-2013-beyond-the-growth?ct=true); M. HANCOCK, “Slower and Steadier: The New Stage of Islamic Finance”, *The Banker* (18 oktober 2013), zie [www.thebanker.com/World/Slower-and-steadier-the-new-stage-of-Islamic-finance](http://www.thebanker.com/World/Slower-and-steadier-the-new-stage-of-Islamic-finance) (consultatie 26 juli 2014).

<sup>119</sup> B. KAUR GREWAL, “Islamic Finance in the Global Financial System” in F. DI MAURO (ed.), *Islamic Finance in Europe*, European Central Bank Occasional Paper Series, 146 (juni 2013), 18-31 (18).

islamitisch bankieren slechts een marginaal alternatief voor de conventionele instellingen. In Duitsland kon het islamitisch bankieren ondanks de steun van de “BaFin”, de nationale financiële toezichthouder, de verwachtingen niet waarmaken<sup>120</sup>. Zodra men de mainstream literatuur verlaat, vindt men gemakkelijk auteurs die niet te benauwd zijn om van een voorbijgaand modeverschijnsel (“una moda passeggera”) te spreken<sup>121</sup>.

**49. Back to the future?** – De toekomst van het islamitisch bankieren moet dus ongeacht de mogelijkheid tot het verder uitbouwen van lucratieve nichemarkten in Westerse landen vooral in het Midden-Oosten en Zuidoost-Azië gesitueerd worden. Vanuit historisch perspectief is dit niet verwonderlijk. Ook al gaan de principes van het islamitisch bankieren op een middeleeuwse geleerde traditie terug, de heruitvinding van het islamitisch bankieren is het directe gevolg van de rijzende economische en politieke macht van de oliestaten in het Midden-Oosten vanaf de jaren '60 en '70<sup>122</sup>. In Maleisië en Egypte werden reeds in 1963 islamitische kredietinstellingen in het leven geroepen, maar de echte revival van het islamitische economische denken en handelen kwam er met de oprichting van de Organisatie van de Islamitische Conferentie (1969) en de Islamitische Ontwikkelingsbank te Jeddah (1975)<sup>123</sup>. Vooral dit laatste instituut, dat er kwam onder impuls van de ultrareligieuze Koning Faisal van Saoedi-Arabië, stimuleerde de reflectie over sharia-conforme manieren van kredietverlening. Meteen daarna werd met de Dubai Islamic Bank (1975) de eerste volwaardige private islamitische bank opgericht<sup>124</sup>. In de islamitische repu-

bliek Pakistan werd islamitisch bankieren vanaf 1979 door een militair regime als de enige officiële vorm van kredietverlening opgelegd<sup>125</sup>. Het gewicht van *Islamic finance* in de globale economie was dus van meet af aan grotendeels afhankelijk van Arabische oliesjeiks en naar autonomie strevende islamitische staten.

**50. Een ambiguïteitstolerante rechtscultuur.** – De vaststelling dat norm en werkelijkheid van *Islamic finance* soms ver uiteenliggen hoeft niet tot cynisme te leiden<sup>126</sup>. Een zekere aandacht voor het “anders-zijn” van religieuze rechtssystemen kan op termijn zijn nut bewijzen<sup>127</sup>. Tot dit “anders-zijn” behoort een hoge tolerantie voor ambiguïteit die typisch is voor religieuze rechtsculturen, maar die onder invloed van het Verlichtingsdenken door moderne Westerlingen als hypocriet ervaren wordt<sup>128</sup>. Sommige specialisten merken op dat de juridische ingenieurs van het islamitisch bankieren de verdienste toekomt om de verwijzing naar het ideaal van een morele economie levend te houden<sup>129</sup>. De spanningsverhouding tussen norm en praktijk wordt door hen niet opgeheven. Daardoor blijft een kritische reflectie tegenover het marktgebeuren op basis van hogere religieuze en juridische principes mogelijk. Deze ambiguïteitstolerante visie op recht, religie en economie was ook typisch voor de christelijke scholastieke traditie in het Westen, die de laatste 5 eeuwen door de knieën ging voor de logica van de markt<sup>130</sup>. Precies daarom orakelen andere wetenschappers dat een geloofwaardige vorm van islamitisch bankieren uiteindelijk niet met de grondbeginselen van een moderne Westerse samenleving verenigbaar is<sup>131</sup>.

<sup>120</sup>. A. FARHOUSH en M. MAHLKNECHT, “A Critical View On Islamic Finance in Germany” in V. CATTELAN (ed.), *Islamic Finance in Europe: Towards a Plural Financial System*, Cheltenham, E. Elgar, 2013, 203-212.

<sup>121</sup>. R. ADAMO, D. FEDERICO en A. NOTTE, “I boom della finanza islamica. Spunti di riflessione da alcune operazioni di cartolarizzazione”, *Finanza bancaria* 2008, afl. 12, 77-94 (93).

<sup>122</sup>. I. WARDE, *Islamic Finance in the Global Economy*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2010<sup>2</sup>, 70-92.

<sup>123</sup>. A. EL ASHKER en R. WILSON, *Islamic Economics: A Short History*, Leiden, Brill, 2006, 331-334.

<sup>124</sup>. I. WARDE, *Islamic Finance in the Global Economy*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2010<sup>2</sup>, 72.

<sup>125</sup>. V. NIENHAUS, “Governance of Islamic Banks” in K. HASSAN en M.K. LEWIS (eds.), *Handbook of Islamic Banking*, Cheltenham, E. Elgar, 2007, 128-143 (134).

<sup>126</sup>. De volgende beschouwingen zijn gedeeltelijk geïnspireerd door W. DECOCK, “Geldüberwuchert”, *Rechtsgeschichte – Legal History* 2014, 361-362, online <http://dx.doi.org/10.12946/rg22/361-362>.

<sup>127</sup>. Vgl. het pleidooi van V. CATTELAN tegen de vanzelfsprekendheid waarmee islamitisch bankieren op grond van Westerse rechtsdenken geanalyseerd wordt: “Babel, Islamic Finance and Europe: Preliminary Notes on Property Rights Pluralism” in V. CATTELAN (ed.), *Islamic Finance in Europe: Towards a Plural Financial System*, Cheltenham, E. Elgar, 2013, 1-12.

<sup>128</sup>. Th. BAUER, *Die Kultur der Ambiguität. Eine andere Geschichte des Islams*, Berlin, Insel, 2011.

<sup>129</sup>. N. OBERAUER, “Das islamische riba-Verbot” in M. CASPER, N. OBERAUER en F. WITTECK (eds.), *Was vom Wucher übrigbleibt: Zinsverbote im historischen und interkulturellen Vergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, 111-123 (122).

<sup>130</sup>. N. JONSEN en S. TOULMIN, *The Abuse of Casuistry: A History of Moral Reasoning*, Berkeley, University of California Press, 1988; O.I. LANGHOLM, *The Legacy of Scholasticism in Economic Thought: Antecedents of Choice and Power*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998 en F. GÓMEZ CAMACHO, *Filosofía y economía moral. La formación del pensamiento económico europeo en la escolástica española*, Madrid, Síntesis, 1998. Vgl. W. DECOCK, “Updating Harold Berman’s Views on Mercantile Law and Belief Systems”, *Rechtsgeschichte – Legal History* 2013, 180-185, online <http://dx.doi.org/10.12946/rg21/180-185>.

<sup>131</sup>. Zie bv. het interview van William Barnes met Timur KURAN (bekend omwille van zijn boek *The Long Divergence: How Islamic Law Held Back The Middle East*, Princeton, Princeton University Press, 2011), “Islamic Finance Sits Awkwardly in a Modern Business School”, *Financial Times* (21 juli 2013). Voorzichtiger maar niet minder kritisch is de analyse van F. WITTECK, “Philosophisch fundierte Zinsverbote – Rechtsrahmen und Relevanz” in M. CASPER, N. OBERAUER en F. WITTECK (eds.), *Was vom Wucher übrigbleibt: Zinsverbote im historischen und interkulturellen Vergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, 47-73 (68). Voor de kritische analyse van een insider, zie I.-D. PAL, *Pakistan, Islam, and Economics: Failure of Modernity*, Oxford, Oxford University Press, 1999.